

EL CONCEPTO DE BIEN JURÍDICO COMO INSTRUMENTO DE CRÍTICA LEGISLATIVA SOMETIDO A EXAMEN

Claus Roxin

Dr. h.c. mult. Catedrático emérito de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Universidad de Múnich

Traducción de **Manuel Cancio Meliá** (Universidad Autónoma de Madrid/RAJL)

ROXIN, Claus. El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. Traducción de Manuel Cancio Meliá. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2013, núm. 15-01, p. 01:1-01:27. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 15-01 (2012), 3 feb]

Título alemán: “Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand” (manuscrito). El texto constituye una versión ampliada de la conferencia dictada por el autor el día 20.6.2012 en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

RESUMEN: En el presente texto, el autor vuelve a abordar de nuevo la teoría crítica del bien jurídico (como instrumento de evaluación de la legislación penal positiva) a la que tantas contribuciones ha prestado en las últimas décadas. Para ello, plantea en primer lugar la cuestión de principio de si siquiera es

correcta la afirmación que el objetivo del Derecho penal está en la protección de bienes jurídicos. En segundo lugar, examina las posibilidades de intervención concreta de la teoría del bien jurídico en la discusión político-criminal. En tercer lugar, rechaza que la existencia de determinadas infracciones de mera actividad –en particular, aquellas que se conocen como “protección de sentimientos” (colectivos)– supongan una falsificación de la teoría del bien jurídico, y concluye abordando las relaciones entre la concepción del bien jurídico y los contenidos de la Constitución. La conclusión alcanzada es que la teoría del bien jurídico sigue siendo un instrumento imprescindible de crítica legislativa.

PALABRAS CLAVE: Bien jurídico, crítica legislativa, principio de subsidiariedad, política criminal, Constitución.

Fecha de publicación: 3 febrero 2013

SUMARIO: *I. Introducción. II. ¿Tiene el Derecho penal como fin la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma? III. ¿Es posible un concepto de bien jurídico que ofrezca rendimiento práctico en la crítica de la legislación? 1. La caracterización de una concepción del bien jurídico crítica de la legislación. 2. Tal concepto de bien jurídico ¿es demasiado indeterminado para hacer posible una limitación del Derecho penal? a) La relevancia de la concepción del bien jurídico para la solución de problemas jurídicos actuales. b) El carácter necesariamente abstracto de los principios jurídicos supremos. c) El reconocimiento de un ámbito de configuración crítico hacia la*

legislación no devalúa el concepto de bien jurídico. d) El principio de subsidiariedad como complemento imprescindible del pensamiento del bien jurídico. IV. ¿Refuta la necesidad de delitos de mera conducta la idea fundamental de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación? V. Bien jurídico, política criminal y Constitución. 1. Sobre la relevancia político-criminal del pensamiento del bien jurídico. 2. Bienes jurídicos y Constitución.

I. Introducción

Desde hace más o menos diez años, la cuestión de si es posible poner límites al poder punitivo del Estado limitándolo a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos vuelve a ser objeto de una viva discusión en Alemania¹. *Hefendehl*² ha registrado la reciente evolución habida hasta el año 2006. Después, el debate ha adquirido aún mayor relevancia por el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal³ afirmó en el año 2008 que del principio del bien jurídico no cabe deducir límites para la facultad de criminalización del legislador. En 2010⁴ tomé posición ampliamente sobre la reciente evolución del debate sobre el bien jurídico, insistiendo en que ha de mantenerse la función crítica de la legislación para el pensamiento del bien jurídico.

También en el extranjero, la cuestión de si el cometido del Derecho penal puede determinarse a través de la protección de bienes jurídicos encuentra gran interés y un eco en el que intervienen muchas voces distintas. Así, por ejemplo, escribe *Bacigalupo*⁵ que en Italia y España “se atribuye al bien jurídico una función de legitimación decisiva”. Esta afirmación se ve confirmada por el hecho de que entre los escritos dedicados a mi persona en el año 2011, *Romano*⁶, *Polaino Navarrete*⁷ y *Gimbernat*⁸ se han ocupado de la función del bien jurídico en Derecho penal. También en Grecia la cuestión se discute ampliamente. Mientras *Androulakis*⁹ niega al principio de la protección de bienes jurídicos toda fuerza limitadora de la punibilidad, *Kaiafa-Gbandi*¹⁰ opina que “la teoría de la ciencia del Derecho penal alemana

¹ Un impulso importante para ello estuvo en una conferencia celebrada en el año 2002 sobre “La teoría del bien jurídico”, cuyas ponencias y discusiones se publicaron en una obra colectiva editada en 2003 por HEFENDEHL/VON HIRSCH/WOHLERS. Este tomo se publicó también, ampliado, en 2007 en España. La discusión continuó en el año 2004, y las ponencias y las discusiones de ese segundo encuentro han sido publicadas por von HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS bajo el título *Mediating Principles. Begrenzungsprinzipien der Strafbegründung*.

² HEFENDEHL, GA 2007, pp. 1 y ss.

³ BVerfGE 120, pp. 224 y ss.

⁴ ROXIN, FS Hassemer, pp. 573 y ss.

⁵ BACIGALUPO, FS Jakobs, 2007, pp. 1 y ss.

⁶ ROMANO, *Scientia Universalis*. FS Roxin, 2011, pp. 155 y ss.

⁷ POLAINO NAVARRETE (n. 6), pp. 169 y ss.

⁸ GIMBERNAT, *Festgabe für Claus Roxin zum 80. Geburtstag*, GA 2011, pp. 284 y ss.

⁹ ANDROULAKIS, FS Hassemer, 2010, pp. 271, haciendo referencia a MANOLEDAKIS en cuanto representante del “pretendido concepto de bien jurídico de función crítica” (p. 272, n. 3).

¹⁰ KAIAFA-GBANDI, en: Eser/Hassemer/Burkhardt (ed.), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, pp. 261 y ss. (263).

acerca del bien jurídico como elemento esencial que no sólo fundamenta la punibilidad, sino, sobre todo, la limita, constituye... uno de sus legados más importantes para la cultura jurídica europea.”

Es cierto que el concepto de bien jurídico es irrelevante, por ejemplo, en Francia o los EE.UU. Sin embargo, el penalista norteamericano *Dubber*¹¹ subraya, al menos, que sería “positivo que la doctrina, la legislación y la jurisprudencia en los Estados Unidos se refirieran a un concepto de bien jurídico sistemáticamente unitario”. Por otra parte, el *harm principle*¹², desarrollado en el Derecho penal angloamericano –esto es, la limitación de la sanción jurídico-penal a modalidades de comportamiento que generen un daño– es próximo al principio de protección de bienes jurídicos.

La actualidad del tema y lo extraordinariamente debatido –hoy como ayer– de todas las cuestiones que lo atañen justifican volver de nuevo sobre la cuestión del bien jurídico. En todo caso, como es natural, no es mi deseo reiterar anteriores manifestaciones, por lo que me limitaré en lo esencial a entrar en debate con sugerencias y críticas formuladas sobre todo en la bibliografía más reciente que demandan una toma de posición.

Para ello, me planteo cuatro cuestiones:

1. ¿Tiene el Derecho penal, como cuestión de principio, un cometido de protección (de bienes jurídicos), o sólo ha de confirmar la vigencia de la norma?
2. Si se piensa que el objeto del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, ¿cómo cabe determinar el concepto de bien jurídico de tal modo que ofrezca resultados concretos?
3. ¿Queda refutada la teoría del bien jurídico por la necesidad de infracciones de mera actividad (delitos de protección de sentimientos)?
4. El postulado de que el Derecho penal debe quedar limitado a la protección de bienes jurídicos ¿sólo tiene relevancia político-criminal, o depende de él –al menos en algunos casos– también la constitucionalidad, y, con ello, la validez jurídica de un precepto penal?

II. ¿Tiene el Derecho penal como fin la protección de bienes jurídicos o la confirmación de la vigencia de la norma?

El primer presupuesto de un reconocimiento de la función limitadora del Derecho penal del pensamiento de la protección de bienes jurídicos está, como es natural, en que se reconozca que la protección de bienes jurídicos es el cometido del Derecho penal. Ya este punto de partida no es pacífico. *Jakobs*¹³ y sus discípulos

¹¹ DUBBER, ZStW 117 (2005), pp. 485 y ss. (516/517).

¹² Más en detalle ROXIN, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2006, § 2 n.m. 123 y ss.

¹³ Remitiré tan sólo al artículo de JAKOBS en FS Saito, 2003, pp. 780 y ss., que lleva el título “¿Qué protege el Derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?”; ulteriores referencias a los escritos de

sostienen la opinión de que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino la vigencia de la norma. Así, por ejemplo, lo relevante de un homicidio para el Derecho penal no es “la lesión de la carne de la víctima o la extinción de su consciencia, sino la afirmación, contenida de modo concluyente y objetivada en el hecho, de no tener que respetar la integridad física y la consciencia... Mediante esa afirmación, se pone en tela de juicio la norma. El delito, por lo tanto, es desafiar a la norma.”¹⁴ En consecuencia, no se protege lo que llamamos bien jurídico, esto es, la vida como hecho empírico, sino exclusivamente la prohibición de matar (la vigencia de la norma). “El hecho es lesión de la vigencia de la norma; la pena es su eliminación.”¹⁵

Sin embargo, esta visión se apoya en un normativismo exacerbado. Ciertamente, la pena contribuye a la estabilización de la norma, aunque ello –en contra de *Jakobs*– no sea su único fin. Pero la estabilización de la norma no es un fin en sí mismo, sino que está destinada a contribuir a que en el futuro no se produzcan lesiones reales, individuales o sociales (esto es, lesiones de bienes jurídicos). En consecuencia, sirve, en última instancia, a la protección de bienes jurídicos, y carecería de sentido sin ese fin.

También han formulado críticas próximas frente a la concepción de *Jakobs* autores españoles. Así, *Mir Puig*¹⁶ escribe: “Mientras que el concepto político-criminal de bien jurídico hace depender la legitimidad de una norma penal de que sirva a la protección de valores merecedores de protección, la concepción de *Jakobs* en cierto modo invierte este punto de partida, y convierte a la norma *per se* en un objeto legítimo de protección: de instrumento, que ha de ser legitimado por su fin, la norma pasa a ser un fin legitimador por sí mismo.” Objeta con razón que de este modo se pierde el efecto limitador del pensamiento del bien jurídico.

También un autor tan próximo a *Jakobs* como *Polaino Navarrete*¹⁷ argumenta en el mismo sentido cuando afirma que “el Derecho penal protege bienes jurídicos, para prevenir lesiones de precisamente aquellos bienes jurídicos mediante los cuales confirma la autoridad de la norma en cuanto elemento de la estructura social.” “La norma no pretende... protegerse a sí misma, sino los bienes y valores en ella contenidos.”¹⁸

El propio *Jakobs*, bajo la presión de la crítica, aunque no se haya desvinculado *expressis verbis* de su tesis de que la pena sirve sólo a la confirmación de la norma, sí lo ha hecho materialmente. Ahora subraya¹⁹ que la confirmación de la norma, si

Jakobs se encuentran en mi artículo en GA 2011, pp. 678 y ss. (688-692).

¹⁴ JAKOBS (n. 13), pp. 765/764 (paginación japonesa, inversa).

¹⁵ JAKOBS (n. 13), p. 762.

¹⁶ MIR PUIG, GA 2003, pp. 863 y ss. (866).

¹⁷ POLAINO NAVARRETE (n. 6), p. 176.

¹⁸ POLAINO NAVARRETE (n. 6), p. 181; también SCHEINFELD (n. 6), pp. 183 y ss. (187) llega a la conclusión de que “no ha de reconocerse un bien jurídico-penal de la protección de la norma”.

¹⁹ JAKOBS, desde su escrito *Die staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck*, 2004.

se pretende que tenga un efecto “director de la conducta”, ha de estar “sustentada cognitivamente”²⁰ y explica esta afirmación abstracta mediante el ejemplo de que nadie “se tranquilizará... al pasar de noche por el parque municipal pensando que no está permitido que se le robe o incluso se le mate, por el contrario, partirá –si es que va al parque– también de que es muy probable que no se le trate de ese modo.” Esto, sin embargo, significa que el Derecho penal, para poder dirigir la conducta, persigue el fin de evitar lesiones reales de los bienes jurídicos.

Con ello, cabrá archivar la objeción deducida del efecto de estabilización de la norma que emana de la pena en contra de la tarea de la pena y del Derecho penal de proteger bienes jurídicos.

III. ¿Es posible un concepto de bien jurídico que ofrezca rendimiento práctico en la crítica de la legislación?

1. *La caracterización de una concepción del bien jurídico crítica de la legislación*

En mi tratado²¹ se dice al respecto: “La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad.”

Esta concepción tiene –sin perjuicio de algunas diferenciaciones– desde hace tiempo reputados partidarios, a los que aquí sólo puedo referirme de modo genérico²². Además, también ha encontrado de nuevo decididos promotores en los últimos años, entre los cuales quiero mencionar especialmente a *Schünemann*²³, *Steinberg*²⁴, *M. Heinrich*²⁵, *Frister*²⁶ y *Kaspar*²⁷, sobre cuyos desarrollos volveremos después.

La deducción decisiva de tal teoría del bien jurídico, de garantía de la libertad, es que las normas penales son ilegítimas cuando tienen como objeto un comportamiento que no afecte ni al libre desarrollo del individuo ni a sus presupuestos sociales (por ejemplo, una Administración de Justicia y administración íntegras). En este

²⁰ JAKOBS (n. 19), p. 29.

²¹ ROXIN (n. 12), § 2 n.m. 7.

²² Vid. las referencias en mi tratado (n. 12), § 2 n.m. 7, 8, n. 21, 22.

²³ SCHÜNEMANN, *Mediating Principles* (n. 1), pp. 18 y ss.

²⁴ STEINBERG, FS Rüping, 2008, pp. 91 y ss.

²⁵ M. HEINRICH (n. 6), pp. 131 y ss.

²⁶ FRISTER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, cap. 3, n.m. 21, 29 y ss.

²⁷ KASPAR, en su escrito de habilitación de inminente publicación, *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht*, 2011.

sentido, dice, por ejemplo, también *Frister*²⁸: “Tanto los bienes jurídicos individuales como los bienes jurídicos de la colectividad sirven en última instancia a las posibilidades de desarrollo del individuo.” En su opinión, la diferencia estribaría tan sólo en que la lesión de un bien jurídico individual afecta inmediatamente a la posibilidad de desarrollo de un determinado ser humano, mientras que la lesión de un bien jurídico de la colectividad afecta de modo mediato a las posibilidades de desarrollo de todas las personas.” También *Frister*²⁹ deduce de esto que el espacio de configuración del legislador se encuentra limitado en la medida en que “un comportamiento que no afecte de ningún modo a las posibilidades de desarrollo de otros no debe ser valorado como injusto jurídico-penal.”

2. Tal concepto de bien jurídico ¿es demasiado indeterminado para hacer posible una limitación del Derecho penal?

Una de las objeciones más frecuentes contra un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación apunta a que éste sería demasiado vago, por lo que podría ofrecer un rendimiento limitado. En este sentido, *Dubber*³⁰ llega a la conclusión, después de examinar distintos tipos delictivos controvertidos, de que “la teoría del bien jurídico... de *Roxin*... en última instancia muestra que carece en gran medida de mordiente.” Aún en el año 2011, *Stuckenberg*³¹ escribe: “El *topos* ‘protección de bienes jurídicos’ persigue, ciertamente, un objetivo que es sin duda alguna deseable, el de una política criminal racional y de un Derecho penal liberal y humano, pero no es una concepción científica dotada de potencia analítica, al contrario, es más bien un instrumento para oscurecer las actitudes valorativas que están detrás, a veces difusas y más bien sentidas que definidas con precisión.” A éstas y otras críticas similares hay muchos argumentos que oponer:

a) La relevancia de la concepción del bien jurídico para la solución de problemas jurídicos actuales

La tesis de que la concepción del bien jurídico carecería de toda relevancia práctica esencial es errónea. Quiero mostrar que esto es así con base en seis ejemplos en los que una legislación o una jurisdicción constitucional (¡no sólo de Alemania!) hubieron de ocuparse del problema de la admisibilidad de una pena criminal, y de los cuales aún hoy cinco siguen en el centro de la discusión.

La controversia más antigua se refiere a la punibilidad de las conductas homosexuales llevadas a cabo por adultos. Éstas se encontraban amenazadas de pena en Alemania hasta el año 1969, el proyecto de Ley del Gobierno que debía preparar un nuevo Código penal (*Strafgesetzbuch*, StGB) pretendía mantener la punibilidad, y

²⁸ FRISTER (n. 26), n.m. 21.

²⁹ FRISTER (n. 26), n.m. 32.

³⁰ DUBBER (n. 11), p. 510.

³¹ STUCKENBERG, GA 2011, pp. 653 y ss. (657).

nuestro Tribunal Constitucional había confirmado la constitucionalidad de la criminalización³². Sin embargo, resulta evidente que tal conducta, si tiene lugar de modo consentido en el ámbito privado, no afecta a la libertad de desarrollo de nadie, no perturbando una convivencia de las personas en libertad de ninguna manera. En consecuencia, un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación conduce al postulado de la impunidad de los comportamientos homosexuales consentidos en personas adultas.

El legislador alemán siguió la tendencia de reforma soportada sobre todo por los redactores de los “proyectos alternativos”³³, y abolió el precepto penal en 1969. Ciertamente, algunos críticos afirman que ello fue debido no al reconocimiento de una concepción del bien jurídico crítica hacia la legislación, sino a un cambio general de las ideas sobre el merecimiento de pena de la homosexualidad. *Gimbernat* rechazó –con base en su propia experiencia, pues vivía en aquel momento en Alemania– este punto de vista con razón³⁴. Que hoy las ideas hayan cambiado es la consecuencia, y no el presupuesto de la política de reforma de aquel momento. Además, ha de tenerse en cuenta que las convicciones acerca del merecimiento de pena de un comportamiento sólo pueden experimentar cambios más o menos rápidos en aquellos casos en los que en la base de la amenaza de pena no hay un bien jurídico a proteger, sino una mera convicción moral. Tratándose de delitos contra la vida y la integridad corporal, en unas detenciones ilegales o en un hurto sería impensable que hubiera un cambio en las convicciones que condujera a la impunidad, ya que en su base se encuentran bienes jurídicos a cuya protección la sociedad no puede renunciar.

Un segundo ejemplo está en la punibilidad de la posesión de determinadas drogas para el consumo propio³⁵, un caso en el que también está ausente toda afectación de otros y cuya impunidad es demandada por ello por los representantes de un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación. Nuestro Tribunal Constitucional también ha tenido que ocuparse de esta cuestión³⁶, y ha mantenido la punibilidad imponiendo la condición de que se pueda prescindir de la imposición de una pena en casos de poca gravedad. Éste es un paso en la dirección correcta, pero crea una inseguridad jurídica que se hubiera evitado si se hubiera declarado nula la norma. En cambio, la Corte Suprema de la Argentina ha declarado el 25.8.2009 la inconstitucionalidad de la prohibición penal del propio consumo³⁷.

Un tercer caso, que también ha ocupado al Tribunal Constitucional, se refiere a la donación de órganos *inter vivos*. De acuerdo con el Derecho alemán en materia

³² BVerfGE 6, pp. 389 y ss.

³³ En este ámbito alcanzó influencia, ante todo, el Proyecto Alternativo sobre delitos sexuales, 1968.

³⁴ GIMBERNAT (n. 8), p. 286.

³⁵ § 29 párr. 1 *Betäubungsmittelgesetz* (Ley de estupefacientes, BtMG)

³⁶ BVerfGE 90, pp. 145 y ss.

³⁷ Vid. al respecto GRECO, en: Hefendehl (ed.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, 2010, pp. 73 y ss.

de trasplantes³⁸, sólo es admisible entre familiares y personas que se encuentran en una estrecha relación. Por tanto, quien quiera salvar la vida de otra persona, por altruismo –en la mayoría de los casos, incluso de modo anónimo– no tiene derecho a ello. El médico que extraiga un órgano infringiendo esa prohibición incurre en responsabilidad penal³⁹. Puesto que aquí también se encuentra ausente toda afectación a otro, y la donación del órgano incluso sirve específicamente a fines socialmente útiles, la criminalización carece también aquí de una legitimación a través de la protección de bienes jurídicos.

A pesar de ello, nuestro Tribunal Constitucional⁴⁰ también ha declarado admisible esta norma. En este sentido, argumenta que ciertamente, también la autopuesta en peligro es “ejercicio del derecho fundamental a la libertad”. Pero ello no cambiaría en nada el hecho de que “es un interés legítimo de bien común preservar a las personas frente a que se produzcan a sí mismas un daño personal considerable.”

Ello, sin embargo, es erróneo en su aplicación al caso concreto, y en un doble sentido. Pues por un lado, nadie querrá defender la opinión de que el Estado puede amenazar de pena una conducción de vida que resulta lesiva para la salud. Y, por otro lado, una donación de órgano, si es llevada a cabo después de un cuidadoso examen y asesoramiento médico, no supone un “daño personal considerable”. La expectativa de vida de un ser humano que sólo tiene un riñón no es inferior a la de la media de la población. La decisión del Tribunal, en consecuencia, ha sido generalmente rechazada, y posiblemente conduzca a una reforma legal.

La cuarta constelación en la que la concepción de una protección de bienes jurídicos crítica hacia la legislación se ubica en el centro de la discusión, y que últimamente ha sido la más discutida, se refiere al incesto entre hermanos. Conforme al Derecho alemán, éste se amenaza de pena⁴¹. También aquí –en caso de que los hermanos actúen libres de coacción, de modo consentido y siendo plenamente responsables– está ausente toda afectación de las posibilidades de desarrollo personales, de modo que el principio de la protección de bienes jurídicos demanda la impunidad.

Frente a ello, nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado en el año 2008 que la norma penal es “compatible... con la Ley Fundamental”, la Constitución alemana⁴². En este caso tomó por primera vez posición respecto de un posible efecto limitador del ordenamiento penal que derive del principio de protección de bienes jurídicos, afirmando al respecto que las facultades legislativas no pueden “ser restringidas... invocando los bienes jurídicos.”⁴³ En su opinión, los requisitos

³⁸ § 37 párr. 1 inc. 2 *Transplantationsgesetz* (Ley de trasplantes, TPG).

³⁹ § 19 párr. 1 TPG.

⁴⁰ BVerfGE 120, pp. 224 y ss.

⁴¹ § 173 párr. 2 inc. 2 StGB.

⁴² BVerfGE 120, pp. 224 y ss.

⁴³ BVerfGE 120, p. 242.

respecto de los fines que una norma penal persigue “no pueden deducirse de la teoría jurídico-penal del bien jurídico”⁴⁴. Sin embargo, entrando en una peculiar contradicción con lo anterior, el Tribunal luego sí intenta identificar determinados bienes jurídicos protegidos por el precepto penal –la familia, la autonomía sexual y la salud genética–. Puesto que es fácil refutar esas fundamentaciones, la decisión se ha encontrado con un rechazo generalizado⁴⁵.

Un quinto problema, que también resulta altamente explosivo desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos, es el de la negación de hechos históricos que se castiga en determinados casos en ciertos Estados (así, por ejemplo, la negación del Holocausto o de otros genocidios). El § 130 párr. 3 del Código penal alemán pune la negación o la trivialización de actos de genocidio que se cometieron en la época del nacionalsocialismo, cuando ello suceda de tal modo que resulte idóneo para perturbar la paz pública, y de modo público o con ocasión de una reunión. También existe una Decisión Marco de la Unión Europea del año 2007⁴⁶ que exige la punición de la aprobación pública, la negación o la trivialización grosera del genocidio, de los delitos de lesa humanidad o de los crímenes de guerra.

Frente a ello, el Tribunal Constitucional español ha declarado el 7.11.2007 inconstitucional la punición de la negación del genocidio⁴⁷. También la punición de la negación del genocidio cometido, en opinión del legislador francés, entre 1915 y 1917 por los turcos contra los armenios, ha sido declarada inconstitucional el 28 de febrero de este año por el *Conseil d'État* francés, el máximo órgano constitucional del país, por vulnerar la libertad de opinión y suponer una intromisión inadmisibles en el trabajo de la ciencia de la Historia.

Desde el punto de vista de un principio del bien jurídico crítico hacia la legislación, la punición de la aprobación de tales hechos es perfectamente legítima, pues amenaza la seguridad de los grupos de población –que aún hoy viven entre nosotros– que fueron afectados por esos hechos. Sin embargo, este supuesto en Alemania puede ser castigado ya conforme al § 130 párr. 1 StGB en cuanto incitación al odio contra parte de la población.

En cambio, en la medida en que sin agitación y discriminación lo que se hace es discutir sobre hechos históricos, habrá que negar más bien la concurrencia de una lesión de un bien jurídico⁴⁸. Pues la libertad de expresión abarca también la manifestación de opiniones completamente desencaminadas. En la medida en que tales casos son objeto del debate histórico, han de ser decididos por la ciencia histórica, y no por el Derecho penal. En cambio, en la medida en que –como es el caso de los

⁴⁴ BVerfGE 120, p. 242.

⁴⁵ Un análisis detallado se encuentra en mi contribución en StV 2009, pp. 544 y ss.

⁴⁶ Vid. al respecto M. KRAUB, en: *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., 2009, § 130 n.m. 25.

⁴⁷ Más en detalle GIMBERNAT (n. 8), pp. 292 y s.

⁴⁸ Más detalladamente KÜHL, en: Bernstein/Ulsenheimer (ed.), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen*, 2003, pp. 103 y ss.

delitos violentos nacionalsocialistas— se encuentran probados, en interés del clima de opinión social es mejor refutar contundentemente tales insinuaciones, en lugar de permitirles a quienes niegan el Holocausto, o lo trivializan, travestirse de mártires o afirmar que el Estado reprime la discusión histórica con ayuda del Derecho penal.

En cuanto última disposición penal ayuna de bien jurídico quisiera mencionar el tipo penal de la pornografía juvenil, introducido en el Código penal alemán con base en una Decisión Marco de la Unión Europea en el año 2008 (§ 184c StGB)⁴⁹. Me limitaré al párrafo cuarto de este precepto, conforme al cual se pena a “quien emprenda conseguir la posesión de escritos de pornografía juvenil, que reproduzcan un acontecer real, o quien posea tales escritos”. Puesto que las imágenes equivalen a los escritos conforme a lo dispuesto en el § 11 párr. 3 StGB, será punible un joven de 18 años si porta con consentimiento de su novia, de 17 años de edad, una foto de ella con connotación sexual⁵⁰. Puesto que las relaciones sexuales entre ambos son permitidas por el Derecho, no se comprende por qué no va a poder la joven permitirle a su novio realizar tal retrato íntimo, o incluso regalárselo. Con razón, *Manfred Heinrich*⁵¹ considera que ello es “sencillamente inaceptable desde el punto de vista de la protección de bienes jurídicos.”

De los ejemplos descritos —que podrían fácilmente incrementarse— deriva en mi opinión con claridad que *Dubber* yerra cuando afirma⁵² que “los tipos que no superan el test de bien jurídico de *Roxin* son exóticos u obsoletos.” Todos los casos problemáticos mencionados, en contra de la afirmación transcrita, son objeto de una viva discusión, y, con excepción del último, han ocupado incluso a los tribunales constitucionales de varios países; en el caso del ejemplo del ámbito de la pornografía juvenil, la ausencia de pronunciamientos judiciales se debe probablemente sólo al hecho de que el precepto aún no ha estado en vigor mucho tiempo. Y sólo uno de los tipos mencionados es “obsoleto”, en el sentido de que la criminalización del comportamiento homosexual de personas adultas ha sido derogada. Sin embargo, parece claro que no da lugar a una objeción contra un concepto crítico de bien jurídico el hecho de que en este caso, se haya impuesto en el legislador.

b) El carácter necesariamente abstracto de los principios jurídicos supremos

En segundo lugar, a la objeción de que habría un grado demasiado elevado de indeterminación en un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación ha de oponerse que los principios supremos de un ordenamiento jurídico no son susceptibles de ser aprehendidos en una definición apta para la subsunción, sino tan sólo caracterizan un criterio rector que ha de desarrollarse y concretarse en la materia

⁴⁹ Respecto de los distintos elementos del precepto, que abarca cinco párrafos, vid. M. HEINRICH (n. 6), pp. 135 y ss.

⁵⁰ FR.-CHR. SCHROEDER, GA 2009, p. 217.

⁵¹ M. HEINRICH (n. 6), p. 135.

⁵² DUBBER (n. 11), p. 508.

jurídica. Mi definición de bien jurídico antes ofrecida (III. 1., al principio) únicamente pretende indicar ese criterio, y éste ha mostrado su utilidad ya en el análisis, necesariamente breve, de mis seis ejemplos.

Para alcanzar soluciones más concretas, ha de recurrirse al “esquema en tres escalones de la protección de bienes jurídicos” que recientemente ha desarrollado *Manfred Heinrich*⁵³, conforme al cual ha de examinarse respecto de cada una de las normas penales dudosas en cuanto a su legitimidad con detalle qué es lo que se pretende proteger, a quién y frente a qué. Tan sólo al final de ese análisis se alcanza la conclusión de si el comportamiento incriminado afecta al libre desarrollo del individuo o a los presupuestos sociales de éste.

La concreción del principio de protección de bienes jurídicos, además, se ve facilitada por la formulación de al menos nueve directrices que he propuesto para apoyar esa labor⁵⁴. No puedo explicarlas aquí, aunque sí al menos enunciarlas de modo sintético: las leyes penales arbitrarias, motivadas exclusivamente por la ideología o que vulneran derechos fundamentales no protegen bienes jurídicos; una conducta inmoral o reprochable no fundamenta ya como tal una lesión de un bien jurídico; la vulneración de la dignidad humana propia no es una lesión de un bien jurídico; la protección de sentimientos sólo puede ser reconocida como protección de un bien jurídico cuando concurren temores realistas de ser objeto de amenaza; la autolesión consciente, hacerla posible o auxiliarla no vulneran bienes jurídicos (ajenos); las normas jurídico-penales predominantemente simbólicas no tienen una función de protección de bienes jurídicos; los tabúes no son bienes jurídicos; los objetos de protección de tal abstracción que resulten inaprehensibles no pueden ser reconocidos como bienes jurídicos. Respecto de los bienes jurídicos colectivos, además, *Greco*⁵⁵ recientemente ha elaborado una concepción convincente, conforme a la cual no está permitido “postular un bien jurídico colectivo como objeto de protección de un determinado precepto cuando la afectación de ese bien jurídico siempre implique simultáneamente la vulneración de un bien jurídico individual.”

Pienso que sobre la base de estos puntos de partida, el concepto de bien jurídico desde luego puede resultar útil en la determinación de la legitimidad de normas penales. Con razón ha dicho *Mir Puig*⁵⁶ respecto del concepto de bien jurídico: “Lo cierto es que todos los principios generales necesitan de una concreción a través del debate público. Principios como los de la democracia o el principio de igualdad son tan generales que permiten concreciones completamente diferentes, pero ninguna persona razonable extrae de ello la conclusión de que fuera preferible no invocar tales principios.”

⁵³ M. HEINRICH (n. 6), p. 148.

⁵⁴ ROXIN (n. 12), § 2 n.m. 13-19.

⁵⁵ GRECO (n. 6), pp. 199 y ss. (213).

⁵⁶ MIR PUIG (n. 16), p. 866.

c) El reconocimiento de un ámbito de configuración crítico hacia la legislación no devalúa el concepto de bien jurídico

La acotación de *Mir Puig* muestra algo que frecuentemente no es advertido por los críticos del concepto de bien jurídico: que aquello que ha de valorarse como bien jurídico no muestra límites completamente claros, contundentes, sino que la referencia a un bien jurídico de un precepto puede estar desarrollada en mayor o menor medida. En aquellos casos en los que aún es posible mostrar la conexión con el bien jurídico, el margen de maniobra del legislador cubre tanto una criminalización como la creación de una infracción administrativa o la renuncia a toda sanción. Quisiera poner esto en claro con base en algunos ejemplos que tomaré de la bibliografía más reciente.

Así, por ejemplo, sostiene *Romano*⁵⁷, en debate con mi concepción, la opinión de que el legislador ha de mantenerse en el marco de una “política criminal orientada en atención a los bienes jurídicos”, y que una norma penal sería inadmisibles cuando “en realidad” no protege “nada de nada”. Sin embargo, cree perfectamente aceptable⁵⁸ que el legislador introduzca la “obligación de llevar casco para los motoristas o el deber de utilizar el cinturón para los automovilistas”, a pesar de que ello protege ante todo al propio conductor. “El rechazo unívoco de formas moderadas de paternalismo jurídico, nada infrecuentes en los sistemas jurídicos anglosajones, no me parece defendible.”

En cuanto a la conclusión alcanzada, doy la razón a *Romano*, pero considero que la legitimidad de un deber de utilizar cinturón o casco provisto de una sanción no puede explicarse con base en la autopuesta en peligro del conductor, sino de la posible lesión de terceros. Ahora bien, parece dudoso que los costes sociales a los que se refiere *Romano*, debidos al “tratamiento médico y las estancias en el hospital”, basten a este respecto, pues en caso de que el accidentado pague él mismo tales gastos, desaparece esta razón. Por otra parte, estas consecuencias suelen estar reguladas por el seguro de enfermedad y de accidentes. Probablemente, ningún legislador tendrá la ocurrencia de amenazar de pena un modo de vida lesivo de la salud, o la práctica de deportes peligrosos, por los costes que ello puede generar.

Sin embargo, como un conductor que no utiliza el cinturón de seguridad pierde con mayor facilidad el dominio de su vehículo que uno que sí se lo ponga, y con ello puede generar daños ajenos, queda justificado el deber de utilizar el cinturón. Esto rige incluso respecto de los pasajeros del vehículo, en la medida en que pueden ser lanzados fuera del automóvil al no usar el cinturón, causando así daños. Por otra parte, los pasajeros de un automóvil sin cinturón de seguridad, así como los ciclistas y motoristas que no lleven el casco, generan el riesgo para otros implicados en el accidente de ser penados por un homicidio imprudente o unas lesiones

⁵⁷ ROMANO (n. 6), p. 168.

⁵⁸ ROMANO (n. 6), p. 164.

graves, mientras que de haberse usado cinturón o casco, no se hubiera producido lesión alguna, o al menos, una más leve. Ya la evitación del riesgo de responsabilidad de terceros tiene para éstos un carácter protector de la libertad, y, con ello, de un bien jurídico; de este modo, se les protege de afectaciones que emanan de la desidia de otros.

Por consiguiente, en este caso una intervención legislativa aún entra en el marco de la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, puesto que la protección de bienes jurídicos tiene un desarrollo más débil, debido al componente paternalista de tales preceptos en comparación con los delitos que persiguen una protección “pura” de bienes jurídicos, desde el punto de vista político-criminal resulta preferible tratar estas modalidades de conducta como infracciones administrativas. En todo caso, forma parte de la discrecionalidad del legislador la previsión de una pena de multa limitada, o la renuncia a toda regulación sancionatoria. Así, por ejemplo, en Alemania hasta el momento no se ha introducido la obligación de llevar casco para los ciclistas.

La situación es similar respecto del caso, antes tratado, de la negación del Holocausto. *Romano*⁵⁹ dice: “También yo sostengo la opinión de que no resulta adecuado intentar resolver el problema del negacionismo mediante una norma penal.” Sin embargo, considera que resulta aceptable “que las modalidades de comportamiento prohibidas (aprobación, negación o trivialización de los crímenes del Holocausto) sólo fueran punibles para el caso de que desde el punto de vista temporal y espacial concurren circunstancias que pongan en concreto peligro la paz pública.”

Pienso que esto es correcto, pero lo cierto es que en tales casos concurre una clara puesta en peligro de bienes jurídicos. He demandado la impunidad sólo respecto de la “mera negación sin carácter de agitación”⁶⁰, afirmando que es adecuada la punición cuando alguien “apruebe estos asesinatos o... afirme que se han inventado por parte de los judíos para escarnio de los alemanes.” Esta clase de agitación pone en peligro la libertad y seguridad de los judíos que viven en Alemania; y probablemente sean casos de estas características los que *Romano* quiere aprehender. En consecuencia, me parece que un pensamiento del bien jurídico crítico hacia la legislación tampoco en este caso resulta errado, sino que, al contrario, es lo que hace posible llevar a cabo diferenciaciones adecuadas a la materia.

Explicaré esto con un ulterior ejemplo: la posesión de escritos o imágenes de pornografía infantil, que resulta punible conforme al § 184b párr. 4 inc. 2º StGB. En uno de los comentarios más importantes se afirma al respecto: “Es difícil comprender la razón de la criminalización”⁶¹. La evitación de una ulterior entrega no constituye una razón suficiente. Pues el receptor no resulta lesionado, y el grave

⁵⁹ ROMANO (n. 6), p. 165.

⁶⁰ ROXIN (n. 12), § 2 n.m. 13-19.

⁶¹ Sch/Sch/PERRON/EISELE, *StGB*, 28ª ed., § 184b n.m. 15.

abuso cometido contra menores que está en la producción de ese material ya ha sucedido.

Sin embargo, sí que se puede –a diferencia del caso antes tratado de pornografía juvenil– establecer una relación con el bien jurídico que legitima la penalización si se parte de que el precepto pretende evitar el fomento de la producción de pornografía infantil y los abusos que ésta comporta. Siguiendo a *Fr.-Chr. Schroeder*⁶², he expuesto esto con mayor detenimiento en otro lugar⁶³, y aquí sólo puedo remitirme a la idea básica de que cabe disminuir la demanda de pornografía infantil si se castiga la adquisición. Esto –a diferencia del caso de la posesión de drogas– tiene pleno sentido, puesto que los productores no actúan en redes internacionales que resultan inaprehensibles, sino, como *Schroeder* expone, actúan de modo predominante como “pequeños empresarios” privados, y, por ello, dependen de que haya clientes dispuestos a la adquisición. Queda dentro del marco del espacio de configuración del legislador perseguir esta intención protectora de bienes jurídicos a través del Derecho penal.

d) El principio de subsidiariedad como complemento imprescindible del pensamiento del bien jurídico

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la necesidad de una lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos no constituye, en absoluto, el único principio limitador del alcance de la criminalización. Puesto que también el Derecho civil, el Derecho público y especialmente el Derecho administrativo sancionador protegen bienes jurídicos, en los casos en los que concurre una afectación a un bien jurídico, se sigue planteando la cuestión de si su evitación debe llevarse a cabo mediante el Derecho penal u otras formas de regulación jurídica (por ejemplo, indemnización, deberes de autorización o medidas de control).

La mayoría de la doctrina opina que una amenaza de pena, en cuanto sanción más grave, sólo entrará en consideración cuando las regulaciones menos gravosas no resulten suficientes. El principio de subsidiariedad que se establece de este modo tiene un rango plenamente equivalente al principio de protección de bienes jurídicos y concurre con éste con una relevancia político-criminal al menos igual. En consecuencia, cabe caracterizar la tarea del Derecho penal como “protección subsidiaria de bienes jurídicos”⁶⁴. Por lo tanto, no hay objeción alguna al principio de la protección de bienes jurídicos en la reciente manifestación de *Achenbach*⁶⁵ en el sentido de que, teniendo en cuenta “los bienes jurídicos supraindividuales del Derecho penal económico”, la teoría del bien jurídico en este ámbito

⁶² Fr.-Chr. SCHROEDER, ZRP 1990, p. 299; IDEM, NJW 1993, p. 2581; IDEM, FS Kaczmarek, 2006, p. 570.

⁶³ ROXIN, LH Eberhard Struensee, Buenos Aires, 2011, pp. 505 y ss. (527 y ss.); el estudio sólo se ha publicado en castellano.

⁶⁴ Con más detalle ROXIN (n. 12), § 2 n.m. 97 y ss.

⁶⁵ ACHENBACH, StrFo 2011, pp. 422 y ss. (425).

no ofrecería “criterios verdaderamente capaces de ofrecer criterios de diferenciación entre tipos penales legítimos e ilegítimos”. Él mismo se refiere al ámbito de competencia del principio de subsidiariedad al afirmar que “la teoría de las alternativas al Derecho penal para mí siempre ha sido un capítulo central del Derecho penal económico.”⁶⁶

De lo anterior deriva la necesidad de demandar una “ciencia de la subsidiariedad” autónoma, a desarrollar junto con la teoría del bien jurídico. Plantee esta demanda hace algunos años⁶⁷, refiriéndome con ello a un estudio interdisciplinario e institucionalizado de la cuestión de cuáles son los mecanismos de regulación que harían posible la protección de determinados bienes jurídicos que la sociedad desea del modo más eficaz, y, al mismo tiempo, más respetuoso de la libertad posible.

Es éste un campo problemático muy complejo y, en gran medida, aún no resuelto, que aquí no puede ser tratado, pero que siempre ha de tenerse en mente cuando se trata de la limitación de la legislación penal.

Algunas de las cuestiones centrales en este ámbito son objeto de un debate particularmente intenso. Es éste el caso, por ejemplo, de la tesis de *Tiedemann*⁶⁸ de que una amenaza de pena en determinados casos puede resultar menos gravosa que un sistema de control que cercene de modo considerable la libertad de acción. También está necesitada de una discusión urgente la tesis, desarrollada por *Theile*⁶⁹, de la “pretensión de dirección social del Derecho penal”, que en el Derecho penal económico puede conducir a la creación de nuevos bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal⁷⁰, mientras que otros quieren hacer retroceder enérgicamente al Derecho penal con ayuda del principio de subsidiariedad. Recientemente, *Trendelenburg*⁷¹ ha presentado unos amplios “estudios previos a una futura ciencia de la subsidiariedad, con base en el ejemplo del Derecho penal económico”.

IV. ¿Refuta la necesidad de delitos de mera conducta la idea fundamental de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación?

Una corriente crítica deduce el rechazo frente a la teoría del bien jurídico no de su falta de idoneidad para una limitación del Derecho penal claramente definida, sino de una concepción respecto de la legitimidad de las amenazas penales completamente divergente. Su portavoz en la discusión alemana más reciente es *Straten-*

⁶⁶ ACHENBACH (n. 65), p. 426.

⁶⁷ ROXIN, informe final en Neumann/Prittwitz (ed.), *Kritik und Rechtfertigung des Strafrechts*, 2005, pp. 175 y ss. (183 y s.).

⁶⁸ Vid. sobre ello ampliamente y con referencias últimamente TRENDELENBURG, *Ultima Ratio?*, 2011, pp. 172-200.

⁶⁹ THEILE, *Wirtschaftskriminalität und Strafverfahren*, 2009, pp. 5 y ss.

⁷⁰ Crítico al respecto ACHENBACH (n. 65), p. 426.

⁷¹ TRENDELENBURG (n. 68).

*wert*⁷², para quien “como fundamento de la criminalización” no entra en consideración “la lesión de determinados bienes jurídicos, sino exclusivamente la vulneración de normas de conducta fundamentales para el consenso básico de una sociedad”⁷³. De acuerdo con este punto de vista, lo que resulta decisivo para la criminalización⁷⁴ es “la posición fundamental, reconocida social y legislativamente, de querer mantener una determinada norma, o, por otro lado, sencillamente no desear un determinado comportamiento.”

Hay tres objeciones que plantear frente a esta posición. En primer lugar, de la circunstancia de que una mayoría de la población no esté dispuesta a tolerar una conducta que le desagrade no debe deducirse que ésta podrá ser castigada aunque no afecte a nadie en su libertad de desarrollo. *Wohlers* pregunta⁷⁵, a pesar de que él mismo adopta una posición más bien crítica hacia la teoría del bien jurídico, con razón, si “una vez que se abandone el ‘dogma del bien jurídico’ podrá satisfacerse la pretensión de fundar racionalmente las normas jurídico-penales”. Y subraya con razón⁷⁶ que “una convicción no debe reconocerse como merecedora de protección solamente porque está ‘ahí’”. También *Seelmann* constata⁷⁷: “La pena... sólo es necesaria cuando alguien... ha reducido como autor el *status* de otro, de la víctima.” Por lo tanto, cabe decir que la punición de los comportamientos homosexuales consentidos entre adultos era –en contra del Tribunal Constitucional Federal– ilegítima ya en una época en la que fueron valorados por parte del Proyecto del Gobierno de 1962⁷⁸ como “conducta abominable conforme a la convicción general”.

En segundo lugar, en nuestra actual sociedad multicultural es imposible hallar, faltando una afectación de un bien jurídico, un “consenso fundamental” acerca de la necesidad de pena de un determinado comportamiento. Esto lo muestran ya los seis ejemplos mencionados antes (III., 2., a) en los que si bien el legislador ha mantenido en la mayoría de los supuestos la criminalización de infracciones de mera conducta huérfanas de bien jurídico, su tratamiento es extremadamente controvertido.

Finalmente, en tercer lugar, resulta imposible un “consenso fundamental” acerca de la punibilidad de comportamientos que no afectan a bienes jurídicos, desde un principio, también porque el consenso fundamental en nuestra sociedad va más bien en dirección de que todos tienen derecho a desarrollar su personalidad con base en sus preferencias personales, en la medida en que ello no afecte al desarrollo

⁷² STRATENWERTH, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 1), pp. 255 y ss.

⁷³ Así la síntesis en HEFENDEHL (n. 1), p. 286.

⁷⁴ STRATENWERTH (n. 72), p. 300.

⁷⁵ WOHLERS, FS Amelung, 2009, pp. 129 y ss. (138).

⁷⁶ WOHLERS (n. 75), p. 137.

⁷⁷ SEELMANN, FS Jung, 2007, p. 897.

⁷⁸ Bundestags-Drucksache IV, 650, 376.

de otro, o a los presupuestos jurídicos de éste. *Wohlers*⁷⁹ lo ha expresado con gran acierto: “En las sociedades que se sustentan sobre los valores del pluralismo y del individualismo normativo, el consenso normativo fundamental va en dirección... de que compiten diversas concepciones acerca del bien en el mercado de ideas, libre de injerencia estatal, debiéndose limitar el Estado a garantizar las condiciones que constituyen el marco dentro del cual ese mercado puede funcionar.”

La posición de *Stratenwerth* ha encontrado un nuevo partidario en *Volk*⁸⁰, quien añade un argumento extraído de la teoría de los fines de la pena. Invoca el fin de la pena de la prevención general positiva y hace referencia⁸¹ al “efecto de confianza” por mí constatado, que se genera “cuando el ciudadano observa que el Derecho se impone”, y al “efecto de pacificación que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza por razón de la sanción de la vulneración del Derecho.”

Volk deduce de ello que “el fin del Derecho penal es la protección de sentimientos. La confianza, tranquilizar a una conciencia jurídica agitada... no son otra cosa que sentimientos. Esta teoría sobre los fines de la pena no es compatible sin más con las teorías del bien jurídico. Hay pocas cosas que inquieten más a la gente que vulnerar un tabú...”. Por ello, no quiere⁸² –en esta medida, con alguna diferencia respecto de *Stratenwerth*– abandonar el concepto de bien jurídico, sino ampliarlo, extendiéndolo hacia los sentimientos.

En este sentido, se muestra partidario de “abrir” el concepto de bien jurídico, considerando “un cometido estatal legítimo” el de “proteger también tabúes, expectativas éticamente fundadas, ‘sentimientos’”. Ahora bien, no desea reclamar “de modo automático” una protección jurídico-penal para tales sentimientos. Tan sólo pretende trasladar la fundamentación de la legitimidad de la intervención penal “a otro lugar, esto es, a la proporcionalidad o subsidiariedad”. “Una ventaja, y no la menor, sería la armonización con la teoría de los fines de la pena, que apunta a la consciencia social y... quiere reforzar ‘sentimientos’”. De modo similar se pronuncia *Androulakis*⁸³ en su defensa de un “principio de indignación”.

Hay dos argumentos que abogan en contra de este razonamiento.

En primer lugar, el fin de la prevención general positiva no es el de alcanzar un efecto de confianza y de pacificación respecto de cualesquiera sentimientos y expectativas. El ciudadano sólo debe poder confiar en que se garanticen su seguridad y los presupuestos institucionales de ésta, y en que le está permitido hacer todo aquello que no afecte de manera indebida la libertad de desarrollo de otros. De hecho, una protección jurídico-penal que fuera más allá de esas expectativas y esos sentimientos no generaría efecto pacificador alguno, ya que limitaría la libertad de

⁷⁹ WOHLERS (n. 75), p. 139.

⁸⁰ VOLK (n. 6), pp. 215 y ss.

⁸¹ VOLK (n. 6), p. 220.

⁸² VOLK (n. 6), p. 224.

⁸³ ANDROULAKIS (n. 9), p. 279.

acción de otros, provocando así conflictos sociales.

En segundo lugar, un traslado de la fundamentación que tomara como punto de gravedad no la ausencia de una afectación al bien jurídico, sino la subsidiariedad y la proporcionalidad, transformaría un postulado político-criminalmente claro (“deben ser impunes las modalidades de conducta que no afecten a un bien jurídico”) en supuestos de gran inseguridad acerca de la decisión a tomar. Pues se entablarían interminables discusiones acerca de cuándo una protección jurídico-penal de sentimientos –una vez que ésta se ha admitido– resulta desproporcionada, y cuándo puede ser sustituida, en su caso, por otra reglamentación jurídica, o cuándo cabe prescindir por completo de mecanismos de protección.

Otros autores, a pesar de que profesan un pensamiento del bien jurídico que excluye una protección generalizada de los sentimientos, sostienen que sí ha de reconocerse su validez en casos excepcionales o en supuestos específicos que van más allá de legítimas necesidades de seguridad.

En este sentido, *Hefendehl*, uno de los más importantes valedores del concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación⁸⁴, es partidario de admitir excepcionalmente que se amenace de pena la vulneración “de convicciones valorativas y relativas a la conducta, enraizadas en la sociedad y homogéneas, aunque ello no genere un daño”.

Es cierto que de este modo cabe explicar de manera más o menos plausible un tipo penal como el del maltrato de animales, que siempre ha sido un problema para la teoría del bien jurídico⁸⁵. Sin embargo, *Gimbernat*⁸⁶ ha objetado con razón frente a *Hefendehl* que entonces, “también quedaría justificada la prohibición penal de la homosexualidad con tal de que en una determinada sociedad exista el sentimiento mayoritario de que ese comportamiento es reprochable”. El propio *Hefendehl* confirma esta objeción cuando justifica la descriminalización de la homosexualidad en que⁸⁷ ésta tuvo lugar en un momento en el que ya no existía “un ‘dominio social’ respecto del rechazo de esa modalidad de conducta”.

Sin embargo, la función liberal del pensamiento del bien jurídico estriba precisamente en que protege a las minorías también contra una situación de dominio de opinión de la mayoría. También ha de tenerse en cuenta que la opinión pública relativa a si son soportables o reprochables determinadas conductas que no afectan a bienes jurídicos, especialmente tratándose de cuestiones que atañan a las ideas políticas, religiosas o sexuales, es cambiante y susceptible de manipulación. Sobre esta base no se puede fundar una política jurídico-penal racional.

Recientemente, *Gimbernat* ha emprendido un intento muy original de llegar a un tratamiento diferenciado de la protección de sentimientos en el marco de la teoría

⁸⁴ HEFENDEHL (n. 1), 2003, p. 128.

⁸⁵ Cfr. sobre esto además a continuación la discusión con *Gimbernat*.

⁸⁶ GIMBERNAT (n. 8), p. 289.

⁸⁷ HEFENDEHL, *Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht*, 2002, p. 57.

del bien jurídico⁸⁸. Se declara expresamente partidario “de la teoría del bien jurídico” y coincide en todas las conclusiones con la posición por mí defendida. Sin embargo, en algunos casos acude como fundamento a la suposición de que sería lícito proteger “sentimientos legítimos” como bienes jurídicos.

En este sentido, el “malestar”⁸⁹ que produce tanto en España como en Alemania el maltrato de animales sería un sentimiento legítimo, de modo que “la prohibición general de prácticas crueles contra animales” estaría justificada. Su legitimidad derivaría de que un Convenio europeo del año 1986 establece la obligación de “respetar” a todos los vertebrados, “teniendo en cuenta de manera adecuada su capacidad de sufrimiento y de memoria”⁹⁰. Desde la perspectiva alemana cabría añadir que también el art. 20a de la Ley Fundamental proclama la protección de los animales.

En el caso de la criminalización –que existe en ambos países– de la “perturbación de la paz de los difuntos” (§§ 167a, 168 StGB), en opinión de *Gimbernat* sería “el malestar o la indignación que provocan los actos de profanación de tumbas el bien jurídico protegido por estos tipos”⁹¹, pues el “respeto a los difuntos” sería una modalidad de la “libertad ideológica o religiosa (también de la ideología atea)”.

Finalmente, desde su punto de vista, los deberes de hacer uso del casco o del cinturón de seguridad, cuya vulneración en España da lugar a una sanción administrativa, no “protegen la vida y la salud de los infractores, sino el comprensible y legítimo sentimiento que acongoja a los ciudadanos cuando sube el número de las víctimas del tráfico rodado...”⁹².

En cambio, desde su punto de vista, por ejemplo, el castigo de la homosexualidad, de la blasfemia o de la “mentira de Auschwitz” serían erradas, porque los sentimientos de indignación provocados son ilegítimos. La razón de la ilegitimidad estaría en que a esos sentimientos se oponen los derechos, constitucionalmente reconocidos, a la actividad sexual⁹³, así como a la libertad de manifestación y opinión.

Es éste un punto de partida extremadamente interesante, y merece aprobación en cuanto a la referencia a las decisiones valorativas tomadas en la Constitución. Sin embargo, está en cuestión si son realmente “sentimientos” lo que constituye el objeto de protección.

Desde luego, parece claro que la prohibición del maltrato de animales no pretende, como objetivo prioritario, respetar nuestros sentimientos, sino ahorrar sufrimientos innecesarios a los animales⁹⁴. Todas las regulaciones jurídicas de la pro-

⁸⁸ GIMBERNAT (n. 8), pp. 284 y ss.

⁸⁹ GIMBERNAT (n. 8), p. 288/289.

⁹⁰ GIMBERNAT (n. 8), p. 289/290.

⁹¹ GIMBERNAT (n. 8), p. 289/290.

⁹² GIMBERNAT (n. 8), p. 292.

⁹³ GIMBERNAT (n. 8), p. 289.

⁹⁴ Cfr. GRECO, FS Amelung, 2009, pp. 3 y ss. (15): “El tipo del maltrato de animales... protege al ani-

tección de animales se refieren a la protección de los animales, y no a una finalidad de preservar a las personas frente a la zozobra. Si las cosas fueran de otro modo, un maltrato que se produjera sin llegar a conocimiento público, y que a nadie escandalizaría, debería ser impune. Puesto que los animales están protegidos por convenios europeos y por el Derecho constitucional alemán, no tengo inconveniente para considerar su capacidad de sufrimiento el bien jurídico protegido. Si reconocemos a los animales superiores, con los que podemos comunicarnos y cuya experiencia del dolor es equivalente a la nuestra, como parte merecedora de protección de nuestro mundo vital, resulta simplemente coherente enjuiciar su sufrimiento, cuando es provocado por seres humanos, como vulneración de un bien jurídico⁹⁵.

Desde luego, de este modo, una teoría del bien jurídico puramente antropocéntrica se amplía –de una manera muy limitada, pues la protección de los animales es mínima en comparación con la protección de la que disfrutaban los seres humanos– a una teoría del bien jurídico “creacionista”, esto es, se protege a los animales en cuanto “congéneres en la creación”. Sin embargo, el marco antes mencionado, en el plano europeo y constitucional, lo justifica. *Gimbernat*⁹⁶ rechaza tal concepción aduciendo que “los animales no poseen bienes jurídicos subjetivos”; lo cierto es, sin embargo, que la afectación a un bien jurídico no presupone necesariamente la lesión de derechos subjetivos, como muestran, por ejemplo, los delitos contra el medio ambiente.

También ha de considerarse que un tratamiento respetuoso hacia los difuntos es parte de una vida digna de un ser humano en nuestra sociedad. La profanación de una tumba o un trato denigrante e insultante de un cadáver afectan negativamente a la convivencia y a los derechos de la personalidad subsistentes del fallecido. Las reacciones emocionales tan sólo suponen el reflejo de estas afectaciones. Y respecto del deber de usar casco y cinturón de seguridad, ya he intentado exponer en qué medida quedan protegidos bienes jurídicos reales.

Por consiguiente, desde mi punto de vista, en los casos mencionados, los legítimos sentimientos de indignación de terceros no son el bien jurídico mismo, sino sólo una justificada reacción a su lesión.

V. Bien jurídico, política criminal y Constitución

Aunque se parta –como he intentado exponer– de que una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación ofrece conclusiones lo suficientemente claras, lo cierto es que sigue siendo una cuestión de máxima controversia la de cuáles son los efectos de una criminalización de modalidades de conducta que no supongan una

mal, no a nosotros.”

⁹⁵ Para GRECO (n. 94), lo decisivo está en que los animales estarían necesitados de protección debido a su limitada capacidad de autodeterminación.

⁹⁶ GIMBERNAT (n. 8), p. 289.

afectación a un bien jurídico. Los partidarios del principio del bien jurídico no han sido capaces de poner suficientemente en claro si el postulado de la afectación a un bien jurídico supone una directriz político-criminal a ofrecer al legislador, pero que no lo vincula, o si, en cambio –y, en su caso, bajo qué presupuestos–, la falta de conexión con un bien jurídico puede conducir a la ineficacia de una disposición penal. Que la segunda alternativa no está completamente desencaminada desde un principio lo demuestra ya el hecho de que los tribunales constitucionales en Alemania, España y Argentina se han ocupado de tales preceptos, y que los tribunales extranjeros han llegado en los casos antes expuestos a una declaración de nulidad.

1. *Sobre la relevancia político-criminal del pensamiento del bien jurídico*

Yo mismo he afirmado⁹⁷, coincidiendo con la mayoría de los representantes de la teoría del bien jurídico⁹⁸: “los partidarios de un concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación se dirigen... ante todo al legislador, planteando postulados político-criminales, sin pretender respecto de sus propuestas... que éstas resulten jurídico-constitucionalmente vinculantes en todos los casos.”

Esta clase de relevancia político-criminal de la teoría del bien jurídico con frecuencia es reconocida también por autores que rechazan de plano que exista una vinculación del legislador a las conclusiones por ella alcanzadas. Así, por ejemplo, dice *Dubber*⁹⁹ al mostrarse partidario de la recepción del concepto de bien jurídico en América del Norte: “Incluso aunque se llegara a la conclusión de que el concepto de bien jurídico no se funda en la Constitución, y, por ello, carece de mordiente destructivo en un moderno Estado de Derecho democrático, puede jugar un papel constructivo en una teoría general del Derecho penal, cumpliendo, más allá de ello, una función de directriz –si bien no vinculante– para el legislador y los tribunales.”

No debe infravalorarse la función político-criminal de la teoría del bien jurídico. Así, por ejemplo, cuando el legislador alemán redujo –al menos, en cuanto tendencia– los antiguamente llamados delitos contra la honestidad, desde las reformas de 1969/1973, a los ataques “contra la autodeterminación sexual” (§§ 174 y ss. StGB), el concepto de bien jurídico crítico hacia la legislación promovido por los Proyectos Alternativos desempeñó un importante papel. También en otras controversias tratadas ante el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en el Derecho de drogas o de trasplantes, o en el caso del incesto entre hermanos) podría suponer un apoyo esencial para el legislador.

2. *Bienes jurídicos y Constitución*

⁹⁷ ROXIN (n. 4), pp. 584 y s.

⁹⁸ Cfr. sólo mis referencias a *Schünemann* y *Sternberg-Lieben* (n. 4), p. 585, n. 71, 72.

⁹⁹ DUBBER (n. 11), p. 516.

La ulterior cuestión de si un precepto penal puede llegar a ser inválido si no protege un bien jurídico es resuelta de modo muy divergente. Así, aún hoy no es infrecuente que se niegue toda vinculación para el legislador. Así, por ejemplo, *Bacigalupo*¹⁰⁰ considera que las deducciones del principio del bien jurídico que he propuesto son “correctas desde el punto de vista de la política legislativa”. “Sin embargo, es claro que ninguna teoría sobre el objeto de protección del Derecho penal dispone de un criterio que fije los límites de la limitación de la libertad mediante el Derecho penal en una sociedad fundada en ésta.”¹⁰¹ “Los bienes jurídicos penalmente protegidos son una creación del legislador.”

De modo similar, recientemente sostiene *Stuckenberg*¹⁰² que “en la medida en que se quiere prescribir desde la perspectiva científica al legislador cuáles son los fines que debe elegir y cuáles no, ello es perfectamente posible y necesario en cuanto propuesta en el discurso político-criminal, que idealmente ha de estar dirigido por la capacidad de convicción de los argumentos. Sin embargo, la idea de que el legislador esté jurídicamente vinculado a, por ejemplo, criminalizar exclusivamente comportamientos lesivos de bienes jurídicos, no resulta compatible con la libertad de acción del legislador democrático, a menos que se pueda traducir en un argumento de necesidad jurídico-constitucional, lo que no se alcanza a ver. Por desagradable que resulte, difícilmente podrá fundamentarse jurídico-constitucionalmente que se prohíba a una mayoría parlamentaria penalizar un comportamiento ‘meramente inmoral’”.

Con ello se identifica el punto decisivo, pues es obvio que al legislador no se le pueden poner límites por medio de la opinión de determinados profesores, sino sólo por la Constitución. Los representantes de la teoría del bien jurídico nunca han afirmado algo distinto. Así, por ejemplo, puede leerse en un texto de mi autoría, invocando a *Stächelin* y *Hassemer*¹⁰³: “El punto de conexión jurídico-constitucional de la inadmisibilidad de estos preceptos penales es la prohibición de exceso, a deducir del principio de proporcionalidad.”

Tampoco es cierto que se pueda sustituir el principio de protección de bienes jurídicos por el principio de proporcionalidad, como parece imaginar, por ejemplo, *Weigend*¹⁰⁴ cuando dice que como concepto crítico hacia la legislación, el bien jurídico es “inferior al *topos*, jurídico-constitucionalmente apoyado, de la proporcionalidad de las intervenciones estatales”. Al contrario, lo que sucede es que ambos se complementan mutuamente, como se describe, correctamente, en el

¹⁰⁰ BACIGALUPO (n. 5), p. 12.

¹⁰¹ BACIGALUPO (n. 5), p. 14.

¹⁰² STUCKENBERG, GA 2011, pp. 653 y ss. (658).

¹⁰³ ROXIN (n. 4), p. 586 (referencias de *Stächelin* y *Hassemer* *ibid.*, n. 76, 77).

¹⁰⁴ WEIGEND, *LK*, 12ª ed., 2007, introducción, n.m. 7. En este sentido también ANDROULAKIS (n. 9), pp. 277 y ss.

Comentario de *Schönke/Schröder*¹⁰⁵: “En el ámbito de la cuestión de qué finalidades pueden ser perseguidas con la legislación penal, la teoría del bien jurídico y los requisitos jurídico-constitucionales... se entrelazan; el principio de proporcionalidad en cuanto punto de referencia, a su vez, presupone un bien a proteger, para lo cual la teoría del bien jurídico puede ofrecer puntos de partida, sin que con ello, sin embargo, se hubiera prefijado la conclusión a alcanzar después de un examen jurídico-constitucional.”¹⁰⁶

También *Kaspar* llega en su fundamental monografía sobre el principio de proporcionalidad¹⁰⁷ a la conclusión de que es necesario combinar ambos puntos de partida. En este contexto, en su opinión “cabría integrar también los postulados materiales de la teoría del bien jurídico sin fisura alguna en el examen jurídico-constitucional. Al menos tal entendimiento del examen de proporcionalidad se sustrae al reproche de no ofrecer criterio alguno para el contenido de las leyes penales.”

De hecho, ni siquiera es posible una concepción diferente, pues, como es sabido, no existe una proporcionalidad en sí misma, sino que necesariamente ha de ponerse en relación la intervención estatal con los objetivos con ella perseguidos, para lo cual las características y la dimensión de la protección de bienes jurídicos juegan un papel importante.

A día de hoy, cabe afirmar que es mayoritaria la tesis de la necesidad y posibilidad de vincular la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación a la Constitución. Así, por ejemplo, *Friester*¹⁰⁸ subraya que “el concepto de bien jurídico se define en la actualidad también en la ciencia del Derecho penal desde el Derecho constitucional.” De acuerdo con *Steinberg*¹⁰⁹, los representantes actuales de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación están “en gran medida de acuerdo en el objetivo de que... no resulta deseable establecer una concepción ajena a la Constitución en paralelo a ésta, o injertarla en ella, sino que se trata de concretar las afirmaciones de la propia Constitución en el ámbito jurídico-penal, sirviéndose para la implementación de la concepción del bien jurídico.”

Por consiguiente, nuestro Tribunal Constitucional tiene razón cuando dice¹¹⁰ que el poder de configuración del legislador no puede ser restringido por instancias externas a la legislación¹¹¹. “Por el contrario, éste halla sus límites –tanto en el campo del Derecho penal como en otros– sólo en la propia Constitución...”. Sin embar-

¹⁰⁵ *Sch/Sch/LENCKNER/EISELE, StGB*, 28ª ed., 2010, n.m. 10a antes del § 13.

¹⁰⁶ En el mismo sentido GRECO, ZIS 2008, p. 238: “En el fondo, el examen de la proporcionalidad ya presupone una teoría del bien jurídico, pues es necesario tener un punto de referencia para enjuiciar si una intervención es idónea, necesaria y proporcionada.”

¹⁰⁷ KASPAR (n. 27), p. 168.

¹⁰⁸ FRISTER (n. 26), cap. 3, n.m. 32.

¹⁰⁹ STEINBERG (n. 24), p. 102.

¹¹⁰ BVerfGE 120, p. 242.

¹¹¹ Cfr. la cita *supra* III. 2. a).

go, yerra el Tribunal cuando opina que los representantes de una teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación sostendrían otra opinión¹¹². Ciertamente, la teoría del bien jurídico puede desarrollar sus ideas político-criminales con independencia de la Constitución y ofrecérselas al legislador. Sin embargo, la nulidad de una norma, como es obvio, sólo puede ser deducida de una vulneración de la Constitución.

En consecuencia, la controversia se condensa en la cuestión de si –y en caso afirmativo, bajo qué presupuestos– un precepto penal que no afecte a las posibilidades de desarrollo de otros o a los presupuestos institucionales de éstas –es decir, que ni lesione ni amenace bienes jurídicos– puede ser inconstitucional. Para *Stuckenberg*, como antes se ha expuesto, “no se alcanza a ver... un argumento de necesidad jurídico-constitucional”, y también nuestro Tribunal Constitucional opina¹¹³ que la teoría del bien jurídico “no establece criterios materiales que necesariamente hubiera que incorporar al Derecho constitucional...”.

Frente a ello, los partidarios de la teoría del bien jurídico crítica hacia la legislación se remiten de modo predominante al principio fundamental para el Estado de Derecho de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad, proporcionalidad) de las intervenciones del Estado. En este sentido, se afirma que un precepto penal que no protege bienes jurídicos puede llegar a ser inconstitucional en cuanto intervención inadecuada, excesiva y, con ello, desproporcionada en la libertad del ciudadano. Cuándo éste es el caso en concreto, sin embargo, es poco claro. Esto supone –hasta ahora– un innegable punto débil de una posición que quiera atribuirle al pensamiento del bien jurídico, más allá de su función político-criminal, también una relevancia jurídico-constitucional. Por ello, merece plena aprobación *Neumann*¹¹⁴ cuando afirma que “ahora bien, es necesario desarrollar esquemas diferenciados de argumentación que hagan posible la aplicación del principio de proporcionalidad a constelaciones concretas.”

No se podrá decir que cualquier punición de actos que no lesionan bienes jurídicos vulnera el principio de proporcionalidad, siendo por ello inconstitucional. Así, por ejemplo, cuando alguien “lleva a cabo actos sexuales en público” (§ 183a StGB), no lesiona un bien jurídico ajeno; pues no se afecta negativamente a las posibilidades de desarrollo de nadie. Por ello, desde el punto de vista político-criminal, sería más adecuado su tratamiento jurídico como infracción administrativa. Sin embargo, tampoco una pena criminal moderada llega a ser inconstitucional, pues no cabe vedar al legislador sancionar las infracciones contra las costumbres y la decencia cuando éstas se producen de modo escandaloso y en público. Esta opinión encuentra apoyo en el art. 2 párr. 1 de la Ley Fundamental, conforme al cual el libre desarrollo de la personalidad puede limitarse mediante la “moralidad

¹¹² En este sentido también FRISTER (n. 26), cap. 3 n.m. 32.

¹¹³ BVerfGE 120, p. 242.

¹¹⁴ NEUMANN, en: von Hirsch/Seelmann/Wohlers (n. 1), p. 136.

pública”¹¹⁵. Algo similar rige respecto de la llamada “protección frente a la confrontación” (§ 184 párr. 1 n° 6 StGB), que amenaza de pena el envío no solicitado de material pornográfico.

En contraposición con ello, sin embargo, existen no pocas disposiciones respecto de las cuales una ponderación conduce a la conclusión de que una intervención a través de la pena criminal resulta desproporcionada. Ello rige, en contra de lo sostenido por el Tribunal Constitucional Federal¹¹⁶, por ejemplo, respecto de la representación a cambio de precio de películas pornográficas; pues en este caso, siempre que los espectadores hayan sido avisados de la naturaleza de la película, no se expone a nadie contra su voluntad a una imagen pornográfica. Y la protección de la juventud que se pretende estar llevando a cabo a través del precepto puede alcanzarse sin esfuerzo alguno a través de un control de documentos de identidad. También resulta desproporcionado que el § 184a StGB amenace de pena a quien dé acceso a otros a un escrito o una imagen de pornografía animal. Pues si un adulto desea contemplar algo así, no se lesiona nada ni a nadie, de modo que la amenaza con hasta tres años de pena supone una clara vulneración de la prohibición de exceso, ya que ni siquiera la realización directa de actos sexuales con animales es punible. Tampoco debe recurrirse al argumento de la “moralidad pública” en los dos casos mencionados, ya que la pornografía como tal está permitida, y nadie se escandaliza por esos acontecimientos. Lo mismo rige respecto del caso, antes abordado, de que alguien posea una fotografía de connotación sexual de su novia de 17 años.

En mi opinión, también son desproporcionadas la prohibición y la criminalización –si bien limitada al médico que lleva a cabo la intervención– de la donación de órganos *inter vivos* cuando no se trate de familiares o personas estrechamente vinculadas entre sí (*supra* III. 2. a), tercer caso), pues falta toda intervención en la libertad de desarrollo de los intervinientes. Los riesgos de una posible falta de libertad o de un tráfico de órganos pueden ser neutralizados de otro modo. Siendo esto así, sin embargo, la evitación del salvamento de una vida, valioso tanto social como éticamente, por medio del Derecho penal, está fuera de toda proporción respecto de los fines perseguidos por el legislador.

En el presente marco no es posible examinar la constitucionalidad de todas las disposiciones en las que no se puede demostrar la existencia de la lesión de un bien jurídico desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Sin embargo, los ejemplos mencionados quizás muestren que un análisis detallado de todos los preceptos que entran en consideración puede ofrecer soluciones susceptibles de una fundamentación racional convincente, abonando en algunos casos la afirmación de

¹¹⁵ A esto se refiere –sin mencionar el § 183a StGB– especialmente ANDROULAKIS (n. 9), pp. 274, 281, n. 36.

¹¹⁶ BVerfGE 47, pp. 109 y ss.

inconstitucionalidad¹¹⁷.

Además, se tiene demasiado poco en cuenta que también existen otros límites constitucionales a la criminalización de modalidades de conducta que no afecten a bienes jurídicos, límites que, al estar sustraídos a toda ponderación, vinculan al legislador de modo incluso más intenso que el principio de proporcionalidad. Es éste, especialmente, el caso de las intervenciones en el “ámbito nuclear de la configuración vital privada”, que el Tribunal Constitucional Federal ha deducido de la dignidad humana y ha declarado como intangible¹¹⁸. Por lo tanto, una intervención del legislador en ese ámbito nuclear conduce a la inconstitucionalidad.

Forman parte del ámbito nuclear sin duda alguna también el comportamiento sexual de las personas, en la medida en que se desarrolla fuera del ámbito público y no afecte a la autodeterminación sexual de otros sujetos. De ello se sigue que las relaciones homosexuales entre adultos, y también el incesto entre hermanos, no deben pensarse.

Esta idea también da sustento a la tesis de que es inconstitucional¹¹⁹ amenazar de pena la posesión de drogas que exclusivamente estén destinadas al autoconsumo, como lo hace el § 29, párr. 1 de la Ley de estupefacientes (BtMG). Pues cómo maneje alguien las sustancias de abuso (como también, por ejemplo, el alcohol y el tabaco) es asunto de su configuración vital personalísima y afecta a su ámbito nuclear, ya que es parte de su autorrealización. Como antes se ha mencionado, en consecuencia, la Corte Suprema de la Argentina ha fallado que resulta inconstitucional la prohibición penal de la posesión de drogas para el autoconsumo. Ha afirmado la concurrencia de una vulneración del art. 19 de la Constitución argentina, que afirma que las cuestiones privadas son asunto exclusivo de Dios, y no del Derecho penal¹²⁰.

Recientemente, Greco¹²¹ ha desarrollado una “fundamentación en la teoría de la autonomía” de la limitación jurídico-constitucional del poder punitivo estatal y sostiene que “es superior a la teoría del bien jurídico”¹²². “El respeto frente a la autonomía del individuo significa que se le reconoce un ámbito sobre el cual sólo le corresponde decidir al individuo. Que esta reflexión coincide en gran medida con la... figura del ámbito nuclear intangible de la configuración vital privada resulta palmario.”

¹¹⁷ Un rico material de argumentación lo ofrece la monografía de HÖRNLE sobre el “comportamiento groseramente escandaloso”, 2005; específicamente sobre el fundamento y los límites de los §§ 184, 184a-d StGB vid. GRECO, en: *Rechtswissenschaft*, 2011, pp. 275 y ss.

¹¹⁸ Sobre todo en su sentencia sobre el “dispositivo amplio de escuchas” (BVerfGE 109, pp. 279 y ss.). Con más detalle al respecto ROXIN, FS Böttcher, 2007, pp. 159 y ss.

¹¹⁹ Esta misma conclusión la alcanza en un análisis actual también GRECO, en: Hefendehl (ed.), *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts*, 2010, pp. 73 y ss.

¹²⁰ También sobre esto, con detalle, GRECO (n. 119).

¹²¹ GRECO, sobre todo en ZIS 2008, pp. 234 y ss., donde analiza la resolución del Tribunal Federal Constitucional en relación con el incesto. Sobre las tesis de GRECO vid. también KASPAR (n. 27), pp. 181 y ss.

¹²² GRECO (n. 121).

En este contexto, es cierto que la tesis del ámbito nuclear da fundamento a la inconstitucionalidad de algunos supuestos de preceptos penales ayunos de bien jurídico. Sin embargo, ello no hace superflua, de ningún modo, la teoría del bien jurídico¹²³; pues, en primer lugar, la atribución al ámbito nuclear de la esfera privada implica la ausencia de afectación a bienes jurídicos ajenos. En segundo lugar, la inconstitucionalidad de una penalización de conductas que no lesionan bienes jurídicos también puede inferirse de principios constitucionales distintos de la dignidad humana que garantiza el ámbito nuclear (concretamente, del principio de proporcionalidad o de derechos fundamentales especiales). Y en tercer lugar, el principio del bien jurídico también tiene una considerable importancia político-criminal en aquellos casos en los que dejarlo de lado no conduce a la inconstitucionalidad.

Otro derecho fundamental de cuya lesión, por ejemplo, cabe deducir la inconstitucionalidad de una punición del “negacionismo”, es decir, de la mera negación, no discriminatoria ni de agitación, de hechos históricos, es la libertad de opinión, que de hecho invocan expresamente *Romano*¹²⁴ y *Gimbernat*¹²⁵, así como los tribunales constitucionales español y francés antes mencionados.

De este modo queda claro que en los seis casos que antes (III. 2. a) he aducido como ejemplos especialmente controvertidos de la punibilidad de un comportamiento que no lesiona bienes jurídicos cabe fundamentar muy sólidamente la inconstitucionalidad. Otros casos están, por ejemplo, en las vulneraciones de la libertad religiosa que pueden derivar de la criminalización, basada en motivos religiosos, de modalidades de conducta que no suponen la afectación a un bien jurídico. No es posible llevar aquí a cabo un análisis de todas las normas penales cuya legitimidad es discutida. Pero *Hefendehl* tiene razón cuando dice¹²⁶ que “la verdadera construcción de la teoría del bien jurídico... incluso está por venir.”

¹²³ Cosa que tampoco piensa GRECO (n. 121, p. 238).

¹²⁴ ROMANO (n. 6), p. 165.

¹²⁵ GIMBERNAT (n. 8), pp. 292 y s.

¹²⁶ HEFENDEHL, en: Hefendehl/von Hirsch/Wohlers (n. 1), p. 290.